

《公平交易季刊》
第六卷第二期（87/4），pp.1-38
◎行政院公平交易委員會

論結合管制之理論與實務*

劉孔中**

摘要

公平交易法對於達到一定門檻之事業結合採取事前許可之管制，其准駁之標準僅為比較整體經濟利益與限制競爭之不利益孰大。公平交易委員會對結合管制之執法態度可謂十分寬鬆，迄八十六年九月為止，從未禁止過任何一件結合申請案。本文旨在回顧與檢討公平會之結合管制實務以及公平法之結合規定。其主要結論如下：1. 公平會認為共同投資設立新事業之行爲並非結合，然而此應屬欠缺法理依據之見解。2. 公平法之結合概念一方面應擴大，以包含所謂「共同事業」，另一方面應縮小，以排除既有結合事業間僅輕微增加控制程度之「結合」，以及不介入他事業經營競爭行爲之持有股份或出資額者。3. 固定市場占有率並不適合做為結合管制之門檻；以銷售金額為管制門檻，並不適合衡量所有事業之市場力量。4. 公平會准駁結合之申請時，應負舉證與說明之責；公平會許可申請時，可附加附款，但僅得為全部許可或全部禁止，以避免過度干涉事業之營業自由。

壹、前言

我國公平交易法（以下簡稱公平法）於立法之初即循先進國家之法制對

* 本文曾接受中央研究院中山人文社會科學研究所跨組計畫經費補助，特此致謝。又，本文承蒙多位匿名評審指教，一併致謝。

** 本文作者現為中央研究院中山人文社會科學研究所法律組副研究員，國防管理學院法律研究所兼任副教授。

事業間之結合採取管制。所謂結合，依據公平法第六條第一項之規定共有五種方式，即：「一、與他事業合併者。二、持有或取得他事業之股份或出資額，達到他事業有表決權股份或資本總額三分之一以上者。三、受讓或承租他事業全部或主要部分之營業或財產者。四、與他事業經常共同經營或受他事業委託經營者。五、直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免者。」。然而並非凡是事業之結合均受到管制，依據公平法第十一條第一項之規定，參與結合之事業必須達到一定之門檻，即事業因結合而使其市場占有率達三分之一者，或參與結合之一事業，其市場占有率達四分之一者，或參與結合之一事業，其上一會計年度之銷售金額，超過公平交易委員會（以下簡稱公平會）所公告之金額（公平會於民國八十一年四月一日公告該公額為新台幣二十億）者，應向公平會申請許可。公平會許可與否之標準僅為公平法第十二條寥寥數語：「對整體經濟之利益大於限制競爭之不利益。」對於應申請許可而未申請許可，或經申請未獲許可而為結合之事業，公平會依據公平法第十三條之規定，得禁止其結合、限期命其分設事業、處分全部或部分股份、轉讓部分營業、免除擔任職務或為其他必要之處分；此外，並得依據公平法第四十條對其處新台幣十萬元以上一百萬元以下罰鍰。

公平會經過近六年之實務運作，已對前述法律規定做出許多解釋、處分、決定及許可。大體來說，其執法態度可謂寬鬆，迄八十六年九月為止，從未禁止過任何一件結合申請案；其依據公平法第四十條對未依規定申請許可處以罰鍰之案例，亦僅八件左右。¹ 長久以來，我們認為公平法的結合管制值得商榷之處頗多，因此本文希望回顧與檢討公平會之實務，進而探討相關的結合管制理論，並與先進國家法制比較，最後為公平法未來的修正（目前

1 (82)公處字第066號、第067號(王安電腦案)，見公平會公報，2卷9期，第19-24頁；(82)公處字第070號(三井工程案)，見公平會公報，2卷10期，第9-11頁；(83)公處字第021號(大成長城案)，見公平會公報，3卷3期，第14-15頁；(85)公處字第003號(永豐餘案)，見公平會公報，5卷1期，第10-11頁；(85)公處字第042號(蘇黎世保險案)，見公平會公報，5卷3期，第59頁；(85)公處字第079號(台芳案)，見公平會公報，5卷5期，第95-96頁；(85)公處字第195號(威京開發案)，見公平會公報，5卷12期，第62-67頁。

在立法院審議中的公平法修正案，僅擬刪除第十一條第二項，其餘一切不變）提供新的思考方向。

貳、外國結合管制之實務簡介

在具體討論我國公平法及其實務之前，對先進國家結合管制之實務做一鳥瞰，會使我們更清楚自己所處及應處之位置。

一、美國

美國克萊頓法第七條禁止「足以實質減少競爭或導致獨占」之結合，而所謂「足以」係指具有「合理的可能性」（reasonable probability）。關於水平結合之判決在一九六九年（首席大法官華倫之任期內）以前，特別重視市場集中的程度及參與結合事業之市場占有率，市場占有率之輕微增加，有時即被法院禁止。在一九七四年 *United States v. General Dynamics Corp.* 以後，市場占有率的重要性降低。² 此種改變亦表現在反托拉斯主管機關之執法立場，由聯邦交易委員會與司法部共同制訂的「一九九二年水平結合指導原則」，以相關市場上全體事業之個別市場占有率平方後加總的 Herfindal-Hirschman Index (HHI) 指數（最低為0，最高為10000點），認定相關市場之集中程度，若 HHI 指數低於1000點，則市場並不集中；HHI 指數為1000-1800點者，市場為中度集中，HHI 指數達於1800點以上時，市場為高度集中。在中度集中市場之結合須提高 HHI 指數100點以上，在高度集中市場之結合須提高 HHI 指數50點以上，主管機關才會考慮介入，但是它仍然必須斟酌許多其他因素：結合是否具有潛在不利於競爭之效果，是否有及時、可能且充分的新的市場進入者制衡不利於競爭之效果，以及結合之一方是否若沒有結合就可能失敗並退出市場（若是，則結合不太可能會導致或加強市場力量）。整體而言，該項準則對於水平結合是採取極為寬鬆之立場。

2 Blechman in *Frankfurter Kommentar GWB*, Lfg. 29 Aug. 1992, *Ausland USA Rd-nr.* 80.

垂直結合與多角化結合雖然不適用前述水平結合指導原則，而適用一九八四年的結合準則，但主管機關自一九八四年以來僅二次干涉過垂直結合，³ 而其對多角化結合之訴訟，亦從未勝訴過。⁴

二、德國與歐聯

德國的結合管制發展至今已成為極為複雜之規定，連帶地產生了頗為可觀之實務工作。以一九九〇至一九九一年為例，共有3555件依法申報之結合。自一九七三年修法引入結合管制以來，至一九九三年為止，聯邦卡特爾局共禁止九十八件結合，其中四十九件終局確定，六件經聯邦經濟部長特許。⁵ 其執法態度尚稱寬鬆。歐聯結合管制規定自一九九〇年起施行，經驗尚淺。執委會在第四總署下設有結合專案小組（Merger Task Force），專門處理結合案件。執委會平均每年受理六十件案件，其中絕大部分都立即被認為並不牴觸共同市場。至一九九七年一月為止，執委會一共禁止了七件結合案件。⁶

參、結合之意義

一、公平會之見解

公平會關於公平法第六條第一項結合之意義，有許多見解值得重視：

（一）結合可分為三種類型：

公平會的結合許可實務中，採取與學說相同之見解，亦認為結合有三種

3 Riordan/Salop, Evaluating Vertical Mergers : A Post-Chicago Approach, Antitrust Law Journal Vol. 63 (1995) , 513 – 568 (514) .

4 Blechman in Frankfurter Kommentar, Ausland USA Rdnr. 94, 96.

5 Paschke in Frankfurter Kommentar Lfg. 31 Juli 1993, Vorbem. § § 23 – 24c Rdnr. 69.

6 Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl. 1994, 592 ; WuW 1/1997 S. 32.

類型，即處於競爭關係之同業間的水平結合，⁷ 處於上下游關係之事業間的垂直結（整）合，⁸ 以及不同行業之事業間的多角化結合。⁹

（二）關係企業內部間亦可結合

公平會認為事業之間有控制、從屬關係，而形成所謂母子公司或關係企業者，其內部事業間亦有可能結合。例如該會公研釋○二一號解釋即明白表示：「貴公司與子公司合併經營，屬於公平法第六條第一項第一款之結合態樣。」¹⁰ 此種解釋的結果是，母公司與由其百分之百持股之子公司之間，亦有可能結合。¹¹ 此外，母公司下屬之子公司之間，亦有可能結合。¹² 基於相同法理，公平會公研釋○九五號解釋¹³遂認為跨國企業集團為調整其組織結構，而在集團內各關係企業間於我國境外相互移轉股權，而對在我國管轄境內事業有公平法第六條第一項各款之關係者，亦為結合。

（三）共同投資設立新事業之行為並非結合

公平會於民國八十一年六月四日即以公研釋○一二號解釋表示：¹⁴「公平交易法第六條第一項所稱之他事業，以結合時既存之事業為規範對象，故

7 例如（82）公結字第104號（震旦行案）；（82）公結字第105號（淀川鋼鐵案），見公平會公報，2卷12期，第57-60頁；（85）公結字第130號（美國國際人壽案），見公平會公報，5卷10期，第156-157頁。

8 例如（84）公結字第212號（台灣化纖案），見公平會公報，4卷7期，第67-68頁；（85）公結字第132號（信昌機械案），見公平會公報，5卷5期，第942-943頁；（86）公結字第202號（澳商金士奇案），見公平會公報，6卷6期，第60-62頁。

9 例如（84）公結字第060號（台灣飛利浦案），見公平會公報，4卷3期，第286-287頁；（85）公結字第246號（台灣國際商業機器案），見公平會公報，5卷10期，第110-111頁；（86）公結字第123號（威京開發案），見公平會公報，6卷5期，第69-70頁。

10 見公平會公報，1卷6期，第34頁。

11 （82）公結字第001號（荷蘭安利銀行案），見公平會公報，2卷1期，第33-34頁。

12 （84）公結字第109號（陽明海運案），見公平會公報，4卷4期，第80-81頁，該案中陽明海運及招商局輪船公司為交通部分別持有72.1%及99.96%之子公司。

13 見公平會公報，4卷7期，第95頁。

14 見公平會公報，1卷5期，第24頁。

二以上既存事業共同投資設立新事業之行爲，尙非該條規範對象，故縱使參與投資事業之一，有同法第十一條第一項所定各款情形，亦無需向本會申請結合之許可。」至於爲何二以上既存事業共同投資設立新事業之行爲，並非結合，公平會並未附任何理由說明。此項解釋遭學者批評爲「毫無理論根據，亦與富有監督與規範事業結合經驗之外國實務與理論相差甚遠」。¹⁵

（四）以收購委託書可「持有或取得」他事業之股份或出資額

公平會認爲公平法第六條第一項第二款所規定之「持有或取得」他事業之股份或出資額，並不一定要實際持有或取得。依據該會公研釋一〇六號解釋，「事業……或藉收購委託書達到他事業有表決權股份三分之一者，即符合公平交易法第六條第一項第二款……所規範之結合態樣」，¹⁶故公開發行公司股東若收購之委託書達到該公司有表決權股份三分之一，亦屬於本款所規定之「結合」。

（五）他事業之單方行為亦可導致結合

事業間之結合多半是出於其主動之計畫與作爲，但亦有出於他事業之單方行為而被動發生公平法第六條第一項之情況者，例如發行股份之公司依據公司法第一百六十七條第一項但書（「公司於股東清算或受破產之宣告時，得按市價收回其股份，抵償其於清算或破產宣告前結欠公司之債務」）之規定，得例外收回其股份以確保公司債權；依據同條第二項之規定，公司應於六個月內將收回之股份按市價出售。在此段期間內，公司法第一百七十九條第二項規定，公司就其持有之股份，並無表決權，換言之，公司有表決權之股份在六個月內即必須扣除公司自己持有之股份。如此一來，公司持有股份以外之股份，原本具有之表決權就會隨之比例地膨脹，因而使其持有人可能符合公平法第六條第一項之規定。公平會認爲此種結果雖非持有人主動作爲之結果，而係由於發行股份之公司之行爲所致，仍然構成結合。¹⁷此種情形

15 廖義男，事業結合四則實務之檢討，台大法學論叢，25卷1期（84年10月），第17-28頁（第23-24頁）。

16 見公平會公報，5卷12期，第202頁。

17 公平會（83）公訴決字第004號訴願決定書，見公平會公報，3卷3期，第77-80頁。

在公司減資或股東退股時亦會發生。德國通說認為此均為結合，¹⁸ 公平會之見解與之不謀而合。

（六）控制董事之半數席位為控制事業之人事任免

公平法第六條第一項第五款規定，直接或間接控制他事業之人事任免，亦屬結合。然而人事任免之範圍極廣，有加以限縮之必要。公平會在（85）公處字第一九五號處分書基於威京開發掌握中華工程七席董事中之四席，已超過半數，而且「董事會係股份有限公司之業務執行機關，依公司法第二十九條第二項規定，對於公司經理人亦享有任免權」，而認其已符合本款規定。¹⁹ 公平會於（86）公結字第一二三號許可決定書，重申前項立場。²⁰ 此項見解值得贊同，觀之德國限制競爭防止法（GWB）第二十三條第二項第四款及歐洲聯盟（以下簡稱歐聯）結合管制規定，²¹ 均認為掌握董、監事半數，方為結合所必須之「控制」。

（七）結合並不以符合其他法律之規定為要件

事業之「結合」可能亦受到其所屬目的事業主管機關掌管法令之規範，例如前述公開發行公司股份收購委託書之行爲，受到財政部證券暨期貨管理委員會「公開發行公司出席股東會使用委託書規則」之限制。公平會認為若事業違反該等法令而進行「結合」，仍可受到公平法結合規定之規範（見前述公研釋一〇六號解釋）。

二、法律規定及實務之檢討

公平法第六條第一項關於結合之定義有二個大問題，第一是不夠周延，第二是欠缺除外條款。以下即綜合檢討法律規定及實務見解。

18 Kleimann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, 2. Aufl. 1988, § 23 Rdnr. 69; Mestmäcker in Immenga/Mestmäcker, GWB 2. Aufl. 1992, § 23 Rdnr. 160.

19 見公平會公報，5卷12期，第67頁。

20 見公平會公報，6卷5期，第70頁。

21 「執委會依據結合管制規定關於結合概念之公告」（Bekanntmachung der Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses）第14點。

(一) 不够周延

結合定義之外緣究竟應以多廣為適當，取決於結合管制之目的及手段。按諸公平法第六條第一項之立法理由（：「事業結合之發展結果有導致獨占之可能，世界各國對其多有明文規範，本法為配合當前事業大型化之政策，並對事業之結合弊害預作防範，對事業之結合或其他方式取得他事業之財產、股份或控制他事業之業務經營、人事任免等列為規範之對象。」），可知結合管制之目的在於「配合當前事業大型化之政策」之同時，對事業結合之弊害預作防範。為發揮預防之效果，結合之定義應力求周延，但是吾人發現目前之定義有下列二項漏洞：

1. 未包括設立、參與共同事業之行爲

公平法第六條第一項第二款所稱，持有或取得他事業有表決權股份或資本總額三分之一以上者，為結合，但是若有三家事業同時或先後取得該他事業有表決權股份或資本總額各三分之一時，則此三家事業之間是否為「結合」，在現行法下，即不無疑問。德國限制競爭防止法第二十三條第二項第三句將此種被共同參與之事業稱為共同事業（*Gemeinschaftsunternehmen*），而將共同參與事業之行爲視為結合，藉以考量競爭事業因為參與共同事業而對競爭產生的集體效果（*Gruppeneffekt*）。²²至於參與共同事業之結合，是否同時亦可能構成卡特爾行爲，而受到德國限制競爭防止法第一條之禁止？德國聯邦最高法院在此問題的立場上有過轉折；它在一九八五年 *Mischwerke* 判決之前區分所謂合作式的與集中式的共同事業（*kooperative und konzentrierte Gemeinschaftsunternehmen*），而前者僅適用卡特爾禁令，後者僅適用結合管制，以避免雙重管制。一九八五年的 *Mischwerke* 判決卻認為可以有雙重管制。²³

然而歐聯結合管制命令（4064/89 on Merger Control；4064/89 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen；本項命令於一九九七年六月三十日被部長會議1310/97命令加以修正）在一九八九年制訂之初即於

22 Mestmäcker in Immenga/Mestmäcker, § 23 Rdnr. 182.

23 Paschke in Frankfurter Kommentar, Vorbem. § § 23 - 24c Rdnr. 76.

立法理由第二十三點及該規定第三條表明：結合僅包括導致系爭事業之結構發生長期變化之行爲（dauerhafte Veränderung der Struktur, a lasting change in the structure）。因此以協調獨立事業之競爭行爲爲目的或有此種效果之行爲，應不適用本規定而適用歐體條約第八十五條或八十六條及其施行規定。特別是在設立共同事業（Gemeinschaftsunternehmen, joint-venture）時，應爲前述之區分。故歐聯結合管制規定採取德國聯邦最高法院在一九八五年以前之見解。²⁴ 依據歐聯一九九四年十二月三十一日公布的「執委會依據結合管制規定關於區別集中式及合作式共同事業之公告」（Bekanntmachung der Kommission über die Unterscheidung zwischen konzentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen，歐聯執委會曾於一九九〇年發佈類似之公告）第2點之說明，集中式共同事業必須能長期發揮獨立經濟單位之一切功能，換言之，其必須發揮市場上其他事業都能發揮之功能，具備充分的財務資源、人力及有體或無體之財產。該公告第3點則例示說明判斷合作式「共同事業」之因素，即參與發起之事業間是否就價格、市場、生產或創新有所協調。

回到我國公平法第六條第一項第二款之定義而論，吾人認爲有必要將之擴大，而規定前述三家事業同時或先後取得他事業（即共同事業）有表決權股份或資本總額各三分之一的行爲爲結合，而使得不僅該三家事業分別與該他事業具有結合關係，更使得該三家事業之間亦成立結合關係，因爲透過此種關係，系爭三家事業自然會形成限制競爭之集體效果，所以有必要將之納入結合管制。至於設立或參與共同事業之結合是否構成公平法第七條所規定之聯合行爲，必須視具體個案而定，²⁵ 很難如同歐聯之作法在概念上將其判然區分。歐聯之作法固然可避免同一行爲受到結合及聯合管制之雙重管制，但是其前題是它必須能清楚劃別集中式與合作式共同事業，而此正是令歐聯

24 Drauz/Schroeder, Praxis der europäischen Fusionskontrolle, 3. Aufl. 1995, 64.

25 黃茂榮、蕭文生、張懿云等認爲「公平交易法有關聯合行爲禁止及結合管制之規定皆可適用於共同事業」，見氏著「共同事業對公平交易法適用性之研究」（公平會八十三年度合作計畫四），第133頁。

極為棘手之難題。²⁶

行文至此，我們更有理由不能同意公平會將二以上事業共同設立新事業之行爲排除在結合以外的解釋。²⁷

2. 未將參與結合之事業的支配或從屬事業納入結合管制

依據公平法第六條第二項之規定，計算同條第一項第二款之股份或出資額時，應將與該事業具有控制與從屬關係之事業所持有或取得他事業之股份或出資額一併計入。控制及從屬事業對他事業所持有或取得之股份或出資額既然應與結合事業合併計算，即表示他們之間已具有限制競爭之集體效果。但是，此等控制及從屬事業本身卻不受到結合管制，甚爲不妥。因此德國限制競爭防止法第二十三條第三項第三句規定：「參與結合之事業係（本條）第一項第二句所稱之關係事業者（verbundene Unternehmen），則其支配事業及該支配事業之支配事業視爲參與系爭結合。」，將參與結合之事業的控制事業視爲參與此次結合，而使之受到結合管制。²⁸該條項第四句接著將參與結合之事業的從屬事業之間視爲存在一個獨立於支配事業以外的結合關係。²⁹因爲此等從屬事業間已因其控制公司之結合而形成密切的經濟單位。³⁰此種規定值得我國參考，特別是在參與結合之事業爲外國支配事業，而其從屬事業爲本國事業時，可避免前者之結合對國內競爭秩序是否產生直接影響

26 以至於在數個案件中，一些小的改變就足以改變共同事業之性質。見 Broberg, *Merger Control in the European Community*, *World Competition*, Sep. 1995, 5-24 (8).

27 黃茂榮從公平法第六條之規範目的出發，亦認爲「該條之規範對象兼及於爲結合而新設之事業，蓋非如此解釋……很容易可以經由事業之新設的安排加以規避。」見氏著，*公平交易法理論與實務*，第144頁。賴源河則從公平法第六條第一項所稱「他事業」之文義觀察，認爲無將新事業排除在外之理，見氏著「事業結合申請許可門檻之判定」一文，刊於月旦法學雜誌，第27期（1997/8），第53-55頁（第54頁）。

28 Mestmäcker in Immenga/Mestmäcker, § 23 Rdnr. 256.

29 Mestmäcker in Immenga/Mestmäcker, § 23 Rdnr. 257.

30 Emmerich, 前揭書（註6），377.

之疑義；³¹ 並且可將國內從屬事業之經濟力量納入結合管制。

(二) 欠缺除外條款

在討論公平法所欠缺的除外條款之前，我們想先對前述公平會公研釋第○二一號解釋表示一點看法。事業與他事業之行爲雖然表面上符合公平法第六條第一項之規定，但是並不當然擴大該事業之市場力量，此可以關係企業內之「結合」爲代表。關係企業內之人力、資源、技術、行銷通路與財務原本受集中之指揮與管理。關係企業在其內部所屬事業間重新組織或安排（合併、新設子公司或改變持股之比例），只是既有市場力量之重新配置，並不涉及與他事業市場力量之結合，而增加其可運用之市場力量，因此應該不構成「結合」。³² 準此，本文不能同意前述公平會公研釋第○二一號之解釋，亦不能支持其認爲母公司與由其百分之百持股之子公司之合併仍爲「結合」。

公平法欠缺的除外條款約有下列幾種：

1. 既有結合事業間控制之增加未達於重大之程度者，並非結合。

事業與他事業原本即有之結合關係，並不能當然排除其彼此間再度爲結合之行爲，例如事業原持有他事業有表決權股份或資本總額三分之一，後又增加三分之一而達三分之二的行爲。但是事業增加其對他事業之股份或資本總額也有並不足以增加其對他事業之控制程度的時候，例如其增加之程度並不顯著，或其原本持有他事業之股份或資本總額即達一半以上，因而已充分控制他事業，則再增加持份（即使達他事業股份或資本總額三分之一），亦不能再強化其對他事業已有之充分控制。故此種並不足以重大增加已有結合

31 公平會「涉外調查案件處理原則」（見公平會公報，5卷3期，第1頁）貳之三要求檢舉人應就被檢舉人在我國域外所爲之限制競爭或不公平競爭，其行爲或結果「對競爭秩序產生直接影響者」提出具體事實、證據。

32 註21所引歐聯公告第8點第三段亦認爲「結合管制規定所指之結合僅係指控制移交到他人之手，因此企業集團內部之重新組織並非結合。」（Ein Zusammenschluß im Sinne der Fusionskontrollverordnung liegt nur dann vor, wenn die Kontrolle in andere Hände übergeht. Eine interne Reorganisation in einer Unternehmensgruppe ist daher kein Zusammenschluß.）

關係中事業對他事業之控制程度，應不構成「結合」，³³德國限制競爭防止法第二十三條第三項第一句即明文將此種行為排除在結合之定義之外。³⁴美國克萊頓法第七條之一（C）項（3）款則規定：「取得人已持有發行人有表決權股份百分之五十以上之股份者，其再度取得股份之行為，並不受本條（a）項之限制」。

2. 不介入他事業競爭行為之持有並非結合

固然在結合之認定上，系爭事業之意圖並不重要，但是若事業持有他事業有投票權之股份或資本總額之目的，確實並不在於參與他事業之業務經營，或影響他事業之競爭行為，則其心不同，力量亦無法匯集，故實在難謂二者之間因此有「結合」之關係。對於此種不介入他事業競爭行為之持有，歐聯結合管制規定第三條第五項有頗為周延之除外條款：³⁵

- a. 信用或其他金融、保險機構之一般業務包括為自己或他人買賣及交易證券者，出於轉售目的而暫時持有證券時，若不行使該證券之表決權以決定系爭事業之競爭行為，或行使表決權僅係為了準備處分該事業或其資產之全部或部分或該證券，則不會產生市場集中的問題。³⁶但必須在取得後一年內處分之，惟得向執委會證明無法合理在一年內處分而申請延長。
- b. 就清算、結束營業、破產、停止支付、和解或其他類似程序，而由依據會員國法律任命之官員所取得之控制，並不會導致市場之集中。
- c. 財務控股公司（financial holding company）對其他事業之全部或部分直接或間接取得之控制，在其行使表決權（特別是在任命管理及監督人員時）僅係為了維持其投資之完整價值，而不用以直接或間接影響他事業之競爭行為的條件下，亦不會造成市場之集中。

33 黃茂榮，前揭書（註27），第141頁，採類似見解：「倘無因加深其結合關係，而提高控制程度的情形，則無為其結合態樣之轉換，提出結合之申請的必要。」

34 Emmerich，前揭書（註6），378.

35 Bellamy/Child, *Common Market Law of Competition*, 4th Ed. 1993, 316-317.

36 美國克萊頓法第7條之一（c）項（11）款亦有類似除外條款。

肆、結合管制之門檻

公平法第十一條第一項以參與結合事業之市場占有率及銷售金額為結合管制之門檻。吾人認為此二項門檻均有待商榷之處。

一、市場占有率

市場占有率在競爭激烈之市場經常變化很大，很難精確估計。公平法第十一條第一項第一款及第二款規定（「事業因結合而使其市場占有率達三分之一」；「參與結合之一事業，其市場占有率達四分之一」），更是要參與結合之事業在結合之前就要預估其在結合之後的市場占有率，尤其困難；事實上，該二款規定在公平會的許可實務上僅曾使用過一次。³⁷ 由此可見，以市場占有率為門檻之實用性甚低。其次，以固定之市場占有率為門檻易導致結合事業刻意使其市場占有率稍低於三分之一或四分之一，即可規避結合管制，亦甚為不妥。再者立法院審議中的公平法第十一條修正草案既擬將該條第二項關於公平會定期公告市場占有率五分之一之事業的規定刪除，則結合事業可依賴之「預警制度」隨之廢除，此愈發使人懷疑以市場占有率為結合管制門檻之必要性。經濟分析告訴我們，以市場占有率決定結合必須受許可規範之標準，尚可能導致該受結合管制之結合卻不受管制，而不該受管制者卻受到管制的矛盾現象，例如在垂直結合之情形，若上游廠商之數目固定不變，下游廠商愈多（其市場占有率越低），則垂直結合雖然會造成產品價格上漲之不良影響，但卻因為下游廠商之市場占有率未達門檻，而竟可不受結合管制。反之，下游廠商愈少（其市場占有率越高），垂直結合雖然導致價格下降，但卻因為下游廠商之市場占有率達到門檻，反而需要受到結合管制。³⁸ 由此益見市場占有率不適合作為結合管制之門檻。

37 （86）公結字第202號許可決定書（澳商金士奇案），見公平會公報，6卷6期，第61頁；（86）公結字第003號許可決定書（台全金屬案），見公平會公報，6卷1期，第98頁。

38 黃亮洲，公平交易法對垂直合併規範的吊詭—經濟模型的分析，公平交易季刊，3卷3期（84年7月），第19-29頁（第27頁）。

德國限制競爭防止法第二十三條第一項結合管制的門檻的演變，適可用來支持吾人之見解，該法一九五七年制訂時以具備或達到20%市場占有率為門檻，一九六五年時再加入一些絕對的標準，即一萬名員工與五億馬克之營業額，但最後於一九八九年時刪除市場占有率及一萬名員工之規定，而僅以全體參與結合事業上一會計年度之總營業額須達五億馬克為門檻。³⁹歐聯結合管制規定亦以營業額為門檻：參與結合之事業全體於全球之營業額須達於五十億歐洲貨幣，其中二家以上之事業於歐聯內之營業額須各達於二億五千萬歐洲貨幣（第一條第二項），以提供參與結合事業簡單、客觀且便於計算之方式。⁴⁰美國克萊頓法第七條之一（a）項（2）（3）款亦僅以淨營業額及淨資產為申報之門檻。在此可補綴一者，即歐聯與德國之法制並未要求每個參與結合事業之銷售金額「均」須達到一定標準，而美國法制則有此要求。美國法制比較適合於管制垂直結合與多角化結合，但不一定適合於管制水平結合及以中小企業為經濟骨幹之我國。相形之下，歐聯及德國法制比較適合於管制水平結合，但一律適用於垂直與多角化結合時，則可能浪費行政資源。二者利弊互陳，難分軒輊。

二、銷售金額

結合管制的另一項選擇性的門檻是參與結合事業上一會計年度之銷售金額必須達於新台幣二十億元。公平法施行細則第六條規定，銷售金額係指事業之總銷售金額而言（第一項）；而總銷售金額之計算，以公平會調查所得資料或其他政府機關記載資料為準（第二項）。銷售金額係以結合前上一會計年度為準，若參與結合之事業有實足一年之上一會計年度者，自然依其所提會計年度期間計算之。但是參與結合之事業上一會計年度不足一年者，應如何計算？公平會公研釋第○九三號解釋，認為為符公平及管理目的，仍宜以十二個月，計算銷售金額，而系爭參與結合事業屬新設事業者，按其實際

39 Paschke in Frankfurter Kommentar, Vorbem. § § 23 - 24c Rdnr. 32, 53.

40 「執委會依據結合管制關於命令計算營業額之公告」（Bekanntmachung der Kommission über die Berechnung des Umsatzes）第5點。

營業期間之月份相當全年十二個月之比例換算其銷售金額，即其「上一會計年度」銷售金額應等於實際營業期間之銷售金額除實際營業期間之月份再乘12；若屬變更會計年度者，則以事業結合時所採之會計年度為基準，往前推算前一年。如結合日為八十二年三月三十日，且結合當時之會計制度為曆年制，則其上一會計年度為八十一年一月一日至十二月三十一日。⁴¹

（一）不適合以銷售金額衡量金融、保險事業之市場力量

結合管制需要客觀、明確的方式，以真實掌握參與結合事業之經濟力量與系爭市場之經濟現實，而公平法選擇銷售金額此項指標。但是對於特別是金融、保險產業而言，相對於其具有之龐大投資、置產，銷售金額並不能真實反應其經濟力量，⁴²因此德國限制競爭防止法於一九七三年在第二十三條加入現行的第一項第四句，規定以金融機構（Kreditinstitute und Bausparkasse）資產負債表上資產（Bilanzsumme）之十分之一代替銷售金額（Umsatzerlöse），並以保險公司之保費收入代替銷售金額；歐聯早先的結合管制命令與德國大致相同：第五條第三項（a）款對於金融機構亦以資產負債表上總資產（Bilanzsumme, total assets）之十分之一代替其全球銷售金額（Umsatz, turnover），同條項（b）款亦以保險機構之保費淨收入代替銷售金額。然而在一九九七年1310/97號命令中，部長會議卻改以金融機構之營收（Erträge，包括利息贏收、有價證券之贏收、佣金營收、金融業務之營收，以及其它的業務營收）取代銷售金額。至於公平會的結合管制實務，雖然曾數次以「營業收入」論保險公司之「銷售金額」，⁴³但是應該並沒有以其總資產為計算基點之意。

（二）銷售金額之計算應採淨銷售金額

公平法施行細則第六條第一項以事業之「總」銷售金額為銷售金額，除不具有說明之功能外，更有誤導之不良副作用。在結合管制的範疇內談及銷售金額時，吾人會聯想起公平法第六條第二項將參與結合事業之控制與從屬

41 見公平會公報，4卷3期，第137頁。

42 Mestmäcker in Immenga/Mestmäcker, § 23 Rdnr. 98.

43 （82）公處字第070號處分書，見公平會公報，2卷10期，第10頁；（85）公處字第042號處分書，見公平會公報，5卷3期，第59頁。

事業之股份或出資額「加總合併」計算之規定，而自然認為「總銷售金額」應將參與結合事業之控制與從屬事業之銷售金額加總。⁴⁴但是結合事業與其控制或從屬事業內部間之銷售金額，是否應合併計算，卻因為該項規定使用「總」銷售金額之文字，而使人產生疑問。鑑於此等關係企業既然已成為一個經濟單位，而應合併計算其經濟力量（包括股份、出資額及銷售金額），則其內部交易之銷售金額應予排除而不列入總銷售金額。德國限制競爭防止法第二十三條第一項第三句及歐聯結合管制規定第五條第一項均不計算此種所謂的內部銷售金額（Innenumsatz Erlöse）。

其次，在我國市場交易型態下，以各種贈品、折扣（數量折扣、功能折扣）、贈獎方式促銷，乃事業慣用之競爭手段。由於此等手段直接減少事業之銷售金額，故有必要將之排除在計算之外。再者，銷售過程中所繳納之各種稅捐（例如消費稅、加值型營業稅）及負擔（例如公賣利益）亦應自銷售金額中扣除。最後，參與結合事業若從事多角化經營而自不同行業獲取「銷售金額」，則仍應僅就其與系爭結合有關之部份依據適當之計算方式計算之。⁴⁵總言之，以「總銷售金額」界定銷售金額有欠妥當，建議循德國及歐聯之法制改以「淨」銷售金額計算銷售金額。⁴⁶

（三）不宜要求所有產業具備相同之銷售金額

公平會所公告之新台幣二十億銷售金額一體適用於所有產業，學說中對此早有不同意見，而主張「應針對不同產業訂定其銷售金額」。⁴⁷基本上，我們亦不同意公平會「一把尺」的做法，但期待其針對不同產業訂定銷售金額，似屬強人所難，且可能流於過度瑣碎。中庸之道可能是針對市場兼併或集中情形特別嚴重之產業訂定較低之銷售金額。舉例言之，新聞報業之集中化（寡占或獨占），乃全球普遍之趨勢，我國亦然。據學者統計，我國新聞報業目前是由中國時報及聯合報所寡占，其所組成之中國時報系與聯合報系

44 Verloop (ed.), *Merger Control in the EEC*, 1993, p. 211. 歐聯結合管制規定第五條第四項採相同見解。

45 Bellamy/Child, 前揭書(註35), 6-58.

46 見德國限制競爭防止法第二十三條第一項第三句及註21所引歐聯公告第18-22點。

47 黃茂榮, 前揭書(註27), 第160頁。

之市場占有率合計超過百分之七十。⁴⁸故對於進一步減少新聞報業家數及強化市場集中之結合，似有必要採取較嚴格之監督。當然對新聞報業結合之監督可以留在結合許可時審慎為之，但是如果結合監督之門檻太高，則許多未達門檻但卻可導致言論來源減少之結合完全不受結合之管制，因此根本之道在於降低其監督之門檻。德國於一九七六年在限制競爭防止法第二十三條第一項第七句，將新開報業（包括出版社、報紙或雜誌）之門檻降為一般之二十分之一（二千五百萬馬克），即在於對抗區域及地方報業被大量兼併之現象。⁴⁹此外，德國限制競爭防止法同條項第六句，鑑於銷售業者（Handel-sunternehmen）因掌握商品之流通通路而控制之市場力量，不僅可與製造業者抗衡甚至凌駕其上，因此銷售業者之銷售金額雖然比製造業者較少，但其市場力量不見得較小，準此，將銷售業者之門檻降為一般之四分之三。⁵⁰

伍、結合管制之程序

依據公平法第十一條第一、三項之規定，達於管制門檻之事業結合時，「應向中央主管機關申請許可」，後者必須於收受該項申請後二個月內為核駁之決定。然而是否必須在結合之前申請並獲得許可始得完成結合，抑或在結合完成後始申請許可亦可，法條文字不無正反解釋之餘地。公平會的結合管制處分實務一方面認為必須事先申請並獲得許可後始得結合（見註1所引之八件處分書）。但是，吾人仔細觀察該會結合管制之許可實務後卻發現，公平會許可決定書關於申請事項之記載可分為二大類，第一是申請人「擬」⁵¹或「欲」⁵²與其他事業結合，第二則是未記載「擬」或「欲」與其他事

48 紀振清，新聞報業之競爭規範，第92頁。

49 Mestmäcker in Immenga/Mestmäcker § 23 Rdnr. 103.

50 Paschke in Frankfurter Kommentar, § 23 Rdnr. 148.

51 (81)公結字第005號(中華航空案)，見公平會公報，1卷10期，第51頁；(82)公結字第002號(中國菱電案)，見公平會公報，2卷1期，第35頁；(83)公結字第150號(美商奇異案)，見公平會公報，3卷9期，第63頁；(86)公結字第123號(威京開發案)，見公平會公報，6卷5期，第69頁。

52 (83)公結字第118號(美商麥當勞案)，見公平會公報，3卷7期，第58頁。

業結合（此占申請案之絕大多數）。此種不同之用語不禁使人懷疑，前者之申請係在結合之前提出，而後者之申請是在結合中或結合後提出。是否果真如此，有待公平會之澄清。但是專就法理而論，公平法第十一條第一項之申請許可應在結合完成前為之。其理由詳如下述：

首先達於管制門檻之事業雖然具有相當之市場力量，然而基於憲法上營業自由之基本權利，誠然難以想像國家因此便可對其營業競爭之行爲（在此為結合）取得事先之監督許可權，以致於其在未得到國家許可之前，不得為營業競爭之行爲；更何況具相當市場力量事業結合行爲並非關乎國計民生重大法益而需特許之事項（例如煉油、發電、私立學校、金融保險）。因此，似乎可對公平法第十一條第一項之規定從寬解釋，即無論在結合前、結合中或結合後均可提出許可之申請。但是在結合後才提起申請絕非僅是以事後不確定（可能被公平會禁止）之風險換取事先營業競爭上之彈性與自由，因為已完成之結合事後雖可禁止或命其回復原狀，但卻往往已對其競爭對手、合併對象以及市場之競爭與結構造成無法回復之損害（例如被合併事業不能復生，市場之競爭對手已被消滅）。故法益權衡之下，原則上確有必要採取事前許可制之預防性結合管制，⁵³ 在其結合完成前防範於未然。但是，若因必須事前申請而等待許可，會對參與結合事業造成重大損失或妨礙其結合之順利進行（例如欲在股東大會爭取董監事席位，卻因申請許可而走漏消息），則不可強求其須事前申請許可，⁵⁴ 而應准許其於結合完成後始申請許可（事實上，公平會亦受理事後補提之申請）。不過為避免爭執，將來修法時應考慮將其明文豁免。接著我們想引用德國之法制以為佐證。

德國限制競爭防止法立法之初僅採事後之結合管制，後於一九七〇年增

53 Mestmäcker in Immenga/Mestmäcker, § 24a Rdnr. 1.

54 黃茂榮認為「董監事之選舉選情變化多端，課其事先提出申請，似乎不合事宜」，見氏著「公平交易法實務之回顧與前瞻」，公平交易季刊，3卷1期（84年1月），第11-33頁（第17-18頁）；賴源河亦認為此時「當然無法在董監事未改選前貿然向公平會提出申請」，見氏著前揭文（註27），第55頁。歐聯結合管制規定第五條第四項規定，參與結合事業可隨時向執委會申請無庸暫緩完成結合，以免其或第三人受到嚴重損害。

列預防之結合管制。該法第二十三條針對已完成之結合，規定參與結合事業應在結合完成後立即向聯邦卡特爾局申報。⁵⁵（第一項）依據同法第二十四條，聯邦卡特爾局得在接到完整之申報後一年內禁止已完成之結合（第二項第二句）。除非向聯邦經濟部長申請並獲得許可，否則違反聯邦卡特爾局前述禁令之一切法律行為均屬無效（第二項第四句）。該法第二十四條之一則是預防的結合管制，它又區分為自願性與強制性二種。自願性的預防結合管制，在於提供參與結合事業法律安定性，亦即只要其對結合之合法性有所懷疑，而不願匆匆完成結合後遭到被禁止之命運，即可將其結合之計畫向聯邦卡特爾局申報，以確定其是否合法。反之，強制性的預防結合管制要求達到門檻之結合事業必須先將其結合計畫向聯邦卡特爾局申報。結合計畫一旦申報，無論自願或強制，在法定期間內均不得進行結合（第四項）。強制性的預防結合管制的門檻較事後結合管制之門檻要高出許多：參與結合事業之一的上一會計年度營業額超過二十億馬克，或參與結合事業中有二個以上事業的上一會計年度營業額各超過十億馬克。經驗顯示，事前預防之結合管制的重要性在德國已超過事後之結合管制。⁵⁶⁵⁷因此本文認為達於管制門檻之結合事業必須在結合前申請許可，但是現行公告之門檻金額偏低，公平會應予大幅度提高，以避免公平會人力無法負荷大量的審查工作。

陸、准駁結合申請之標準

公平會在准駁參與結合事業提出之許可申請時，唯一的法定標準僅有公平法第十二條寥寥數語：「如其結合對整體經濟之利益大於限制競爭之不利者，中央主管機關得予許可」。該條之立法理由為：「一、事業間進行結合，雖將減少競爭，或妨害市場競爭之功能，但其結合亦可能促進生產規模之經濟，降低生產成本，增強結合後事業之整體競爭能力或促成產銷之合理

55 Mestmäcker in Immenga/Mestmäcker, § 23 Rdnr. 273.

56 Emmerich, 前揭書（註6），430 - 431.

57 歐聯結合管制規定亦採取事前申報許可制（第七條第一、二項），美國克萊頓法第七條之一（a）項亦規定結合事業必須申報並經歷三十日之等待期間才可結合。

化，故對事業之結合行為應審酌其利弊得失，如因結合所生之利益大於其所致之弊害，就整體經濟之利益而言，仍然有益，故明文定為得予許可。二、參考西德營業競爭限制防止法第二十四條規定。」以下就此准駁標準之法制面及經濟面加以分析。

一、法制面

(一) 公平會准駁時應舉證及說明

由於公平法第十二條立法理由提及該條係參考德國限制競爭防止法第二十四條之規定，而且公平法施行細則第八條第一項第五款規定，申請結合時應具備「實施結合對整體經濟利益之說明」，因此會引人懷疑本條規定是否亦參考後者關於舉證責任分配之規定。按依德國該法條第一項之規定，因結合而可能導致或強化支配市場地位者，聯邦卡特爾局應禁止該結合，但參與結合事業能證明結合亦可導致競爭條件之改善，而且改善之利益大於支配市場之不利益者，不在此限。換言之，德國法上是由聯邦卡特爾局就因結合而可能導致或強化支配市場地位一事負舉證責任，而參與結合事業就競爭條件改善之利益大於支配市場之不利益負舉證責任，⁵⁸ 此種分配尚稱允當，亦為美國法院所採取。⁵⁹ 但是在我國因為參與結合事業為顧及國家管制之需要，必須先提出許可之申請並暫緩結合之進行，已有所「犧牲」，如果還要其證明其結合有益於整體經濟，方可結合，恐是過分限制其營業自由，而有違憲之虞。因此我人認為，公平法在准駁結合許可之申請時，應就其決定負有舉證及說明之責任。觀之公平會之許可實務，亦見其附有許可理由之說明。

(二) 公平會許可時可加附款

公平法第十二條之規定在立法過程中曾有小幅之修改，行政院提出之草案原本規定：「中央主管機關對於前條之申請，認為結合對整體經濟之利益大於限制競爭之不利益者，『應』予許可」，但是在立法院經濟及司法委

58 Emmerich, 前揭書(註6), 416.

59 見美國「一九九二年水平結合指導原則」註5。此與克萊頓法第七條之規定有關，即反托拉斯機關就結合「足以實質減少競爭或導致獨占」負舉證責任，而參與結合之事業就結合之效率大於對競爭之限制負舉證責任。

員會審查時，「審查會認為本條所規範之『對整體經濟利益大於限制競爭之不利者』，乃屬不確定之法律概念，難作客觀之認定，原條文既賦予主管機關認定權，又賦予許可權，在邏輯上說不過去，故將句首之『主管機關』移列於末句，並將『應予許可』之『應』字，改為『得』字。」⁶⁰坦白地說，立法院此段文字之語義並不清楚，其似乎認為不確定之法律概念難客觀認定，因此不能強求公平會「應」（即必須）予許可，而改以較有裁量餘地之「得」予許可。本文倒是認為公平會裁量權的範圍並不在於是否准駁申請，因為「對整體經濟之利益」及「限制競爭之不利者」之認定雖然隨系爭個案之事業、其所處市場、所屬產業及競爭對手而不確定。但是公平會在認定時只可能有三個結果，即利益大於不利者，或利益小於不利者，⁶¹或者大小難辨，無論是哪一種結果，公平會在准駁與否一事上均沒有裁量之餘地。因為若為第一種結果，當然應核准許可；若為第二種結果，則應駁回許可；若為第三種結果，則亦不能由申請許可之結合事業承擔公平會無法認定利弊大小之不利者，換言之，公平會若不能證明不利者大於利益，即應回歸營業自由之基準點，而准許結合之申請。無寧，公平會的裁量權在於許可申請時可附加何種附款，因為經濟情勢之評估往往需要相當時間之觀察，而公平會只有二個月的時間為準駁之決定，故勢必需要比較機動、有彈性之結合管制，由公平會視具體商業情況而為適當之附款（例如期限、條件、負擔、變更及撤銷許可）。⁶²就此，美國聯邦交易委員會的二項實務上的做法，值得我們參考：⁶³

60 見立法院公報，79卷96期院會記錄，第72-73頁。

61 參與結合事業若以承諾為或不為特定行為之方式擴大總體經濟之利益或縮小限制競爭之不利者，公平會可否將之納入其認定之中？德國聯邦卡特爾局經常接受此種 Zusage 而未禁止結合（見 Mestmäcker in Immenga/Mestmäcker, § 24 Rdnr. 241）。我國公平會在（86）公結字第030號許可決定書（公平會公報，6卷2期，第14頁）曾經考慮「址設國內之申請人等並具結絕不直接或間接透過關係企業濫用反傾銷之訴或其他不正當方法阻斷進口品參與我國市場之競爭」。

62 但陳祐治認為受許可之結合，不得附加附款，見氏著「公平交易法比較研究」，第190頁。

63 Baer, A Report on Recent Antitrust Developments at the Federal Trade Commission, Aug. 9, 1995 引自 <http://www.ftc.gov/www/speeches/other/baersp.htm> 第5頁及第8頁。

(1) 爲了兼顧結合當事人儘速完成結合以及該會充分調查之願望，該會在下述三項條件之配合下，會先允許結合進行，但結合事業在調查完成前不得行使其控制權：(a) 相關市場易於界定，(b) 必須能相當具體認定結合損害競爭時將需要什麼救濟，以及(c) 結合當事人願意提供該會充分保障（接近「空白支票」），以供嗣後必要之救濟。

(2) 附條件許可之採行。相關市場若正處於快速之結構變遷之中，往往很難評估結合對市場之影響或需要什麼樣的救濟來平衡可能之負面影響，則該會可在附加條件的前提下許可結合，以便事後繼續監視系爭市場，重新調查或爲其他適當處分。

公平會至少曾有兩次在許可處分附加附款，第一次是(83)公結字第038號許可決定書針對百佳實業股份有限公司（以經營各類日用品百貨、生鮮冷凍食品及超級市場爲主要業務）吸收合併屈臣氏大藥房股份有限公司（以西藥、化粧品、民生及衛生保健用品之經銷及管理爲主要業務）之結合申請，附加負擔：「百佳實業股份有限公司於獲許可後，未經本會另爲許可，不得將藥商業務併入超市業務」，其理由爲：「惟爲避免因本結合行爲之許可，致申請人將藥商業務併入超市業務所導致對西藥品零售市場之衝擊……」。^{64 65}公平會接著在(83)公結字第042號許可決定書第二次附加負擔，要求受讓美商安麗股份有限公司台灣分公司之資產及營業的安麗日用品股份有限公司於獲得許可結合後，應與前者之「原有參加人重新簽訂書面參加契約及

64 公平會公報，3卷4期，第34-35頁。

65 (83)公結字第038號許可決定書許可經營業務不同之百佳與屈臣氏吸收合併在先，但是卻又以附款之方式，禁止合併後之百佳實業將屈臣氏之藥商業務（此部分實際上是二者業務主要不同之處）併入其超市業務，指定並限制藥品之經銷管道及方式。我們認爲其立場自相矛盾，因爲經營不同業務之事業的結合（多角化結合），自然包含管理、經銷管道及方式等各種層面上的合作，以擴大其資源之相乘效果。然而公平會的附款卻要求結合事業只得在管理上合作，而不得在經銷管道及方式上合作，硬是將一個公司人爲地拆成二半，左手不得支援右手，誠屬不當干涉其營業自由。正是基於此種考慮，德國學說及實務界之通說亦認爲對國內之結合不可以「部分禁止」（Teiluntersagung）而僅得全部禁止之。見 Rieger in Frankfurter Kommentar, § 24 Rdnr. 87; Mestmäcker in Immenga/Mestmäcker, § 24 Rdnr. 230.

保障未續約直銷商退貨之但書」，以確保前者「原來直銷商之權益」。^{66 67}

二、經濟面

(一) 總論

水平、垂直及多角化結合各自形成其不同之總體經濟利益及限制競爭之不利利益。不過在逐一檢視之前，在此先對其共同相關之部分做一總論性質的探討。整體經濟效益之評估不僅是多面向的（包括對參與結合事業、該事業所屬之產業以及一般社會之效益），而且更是動態的。效益之改善並非一次性的靜態事件，由結合所引發的效益往往是在經歷一連串連鎖作用之後才能充分顯示出來。因此對於整體經濟效益之評估不可只限於眼前短暫、具體可見之福利。特別是在研究創新的市場（innovation markets），結合雖然可能在短期間導致嚴重的市場集中或產品價格上揚，但是結合的另一面卻可以為結合事業節省成本，而此項效益再隨著技術擴散（智慧財產權法及營業秘密保護法只能延緩而無法阻止技術之擴散）於競爭對手益發彰顯，終致於增加競爭並降低價格。抑有進者，成功的結合會引發競爭對手競相投入研究創新，此舉更可加速前述效益之達成。當然，不可否認的是，動態效益之衡量更具有困難性。⁶⁸

限制競爭之不利利益，除考慮現有競爭之限制外，亦必須思及潛在的競爭是否可能因此減少或消滅，因為事業原本有可能以獨立競爭者之型態進入市場，但卻因為與其他事業結合或與被取得事業（acquired firms）結合而作罷，因此市場之競爭壓力頓時減少或消滅於無形。但是必須平衡考慮潛在競爭

66 公平會公報，3卷4期，第40-41頁。

67 (84)公結字第042號許可決定書之附款為「多此一舉」，因為結合事業為概括承受之關係，自然包括承受前手與其直銷商之一切權利義務，後手無庸再與其「重新」簽訂書面參加契約及保障未續約直銷商退貨之但書。

68 Roberts/Salop, *Efficiencies in Dynamic Merger Analysis*, *World Competition Law and Economics Review*, Vol. 19 (1996) No. 4, 5-17 (7); Gilbert/Sunshine, *Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 63 (1995), 569-601 (573).

之可能性，亦即取得他事業之事業（acquiring firms）以獨立競爭者型態進入市場之可能性到底有多真實？也許實際雖然僅增加一個競爭者而不是二個，但是此項競爭者之增加是真實、有效，而所擔心的競爭之減少卻是虛渺之臆測。其次，在參與結合事業之外是否有其他可能的潛在競爭者虎視眈眈，隨時準備在有利可圖的時候進入市場，亦是一項須一併斟酌的因素。⁶⁹

其次，國際貿易在我國是經濟命脈之所在，因此公平會在准駁結合申請時，應該將來自外國之競爭適當地納入其利弊的分析之中。在公平會之許可實務中亦曾數度提及外國競爭此項因素，然其所考慮的項目僅限於：進口稅率之高低、有無進口設限或障礙。⁷⁰ 但是匯率應該亦是影響外國競爭在我國競爭力的一項重要因素，特別是在匯率發生劇烈變動的時候。⁷¹ 評估外國競爭有其特有之困難，首先，公平法第十一條第三項僅給予主管機關二個月的准駁期間，公平會要在短暫的二個月內完成對外國競爭之評估，著實不易。⁷² 再者，結合之資料多涉及高度敏感的商業機密，例如各種經營策略以及對價格變化之反應等，參與結合之事業縱使在有充分保障其機密性的情形下，亦多不願輕易提供。⁷³ 如果無法及時取得有關結合之外國資料，則其後果應由誰來承擔？由於公平會就其准駁結合許可申請之決定負舉證說明之責，已如前述（（一）、1），故由其承擔此項後果，應該是符合邏輯的推論。⁷⁴

抑有進者，事業結合雖然可能限制競爭，但是市場上亦有諸多因素可以制衡結合事業，故應將之納入限制競爭之不利益之考量當中。

69 Gellhorn/Kovacic, *Antitrust Law and Economics*, 4th Ed. 1994, 390.

70 例如：（82）公結字第105號，公平會公報，2卷12期，第60頁；（83）公結字第070號，公平會公報，3卷5期，第70頁。

71 美國「水平結合指導準則」1.43點特別考慮匯率是否有劇烈之變動。

72 Winterscheid, *Foreign Competition and U. S. Merger Analysis*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 65 (1996), 241-252 (242).

73 Atwood, *Information from Abroad*, *World Competition Law and Economics Review* Vol. 19 (1996), No. 3 43-53 (46).

74 Atwood 認為此種情形在美國法應適用傳統的舉證責任分配之原則，由主管機關承擔後果，見氏著，前揭文（註73），第53頁。

公平會許可垂直結合時，常考慮可用以制衡結合事業之項目有：

- 進口無限制且稅率低 (84) 公結字第016號
- 市場參與競爭者繁眾 (85) 公結字第048號
- 競爭家數並未減少 (85) 公結字第087號
- 競爭對手擴大產能 (86) 公結字第202號

公平會許可多角化結合時，常考慮可用以制衡結合事業之項目有：

- 參與結合事業之各項產品市場占有率不高 (82) 公結字第018號
- 市場參與競爭者眾 (84) 公結字第423號
- 結合後競爭家數並未減少 (85) 公結字第097號
- 結合事業在專業知識、產品屬性、行銷通路均有不同 (85) 公結字第246號
(86) 公結字第059號

最後，被併購接收 (takeover) 的危脅雖然可提升現有事業經理階層的效率；但是不可否認的是，在所謂「帶有敵意的結合」(feindliche Übernahme；hostile takeover)，被併購接收之壓力反而可能迫使經理人員採取「短視的管理行爲」：或者在短期內不擇手段地創造盈收，以避免在接收後被解聘；或者膨脹分配之盈餘，使得接收無利可圖，而防止併購接收。⁷⁵ 果真如此，將扭曲系爭事業之競爭能力，反而有害於整體經濟。此外，管理階層對帶有敵意的結合之抗爭，尤其在跨國結合的情形，會對各國競爭法主管機關形成辦案壓力。⁷⁶

(二) 水平結合

1. 公平會之實務

(1) 所考慮之整體經濟利益

公平會許可水平結合時，考慮的整體經濟利益包含三大利益，即參與結合事業之利益，該事業所屬產業之利益以及社會利益。茲將其具體內涵歸納如下：

⁷⁵ Lutz, Feindliche Unternehmensübernahmen, 1993, 51 – 52.

⁷⁶ OECD, International Mergers and Competition Policy, 1988, 15.

a. 參與結合事業之利益，例如：

- 提昇經營效率 (81) 公結字第001號
- 增進規模經濟效率 (81) 公結字第001號
- 減輕經營成本 (81) 公結字第003號
- 突破業務限制 (81) 公結字第005號
- 改善財務結構 (81) 公結字第006號
- 精簡組織 (81) 公結字第006號
- 填補原有功能彈性之不足 (82) 公結字第043號
- 提升產品品質 (82) 公結字第105號
- 避免倒閉 (83) 公結字第073號
- 國際化 (85) 公結字第130號

b. 參與結合事業所屬產業之利益，例如：

- 強化整體產業之發展與對外競爭力 (81) 公結字第001號
- 促進產業之發展 (81) 公結字第005號
- 促進產業轉型 (82) 公結字第003號
- 加速市場開放競爭 (83) 公結字第044號
- 提升市場競爭之程度 (84) 公結字第275號

c. 社會利益，例如：

- 為客戶提供良好服務 (81) 公結字第002號
- 維持原有員工繼續就業 (81) 公結字第002號
- 落實國家政策 (83) 公結字第145號
- 政府無須再編列預算補貼 (82) 公結字第001號
- 提昇公共資源利用率 (85) 公結字第171號
- 提昇公共資源利用率 (85) 公結字第227號

(2) 所考慮的限制競爭之不利益

公平會許可水平結合時，常考慮的限制競爭之不利益有：

- 提高產品價格 (81) 公結字第001號
- 減少限制市場之競爭、產生獨占 (81) 公結字第002號
- 增加市場之集中 (82) 公結字第088號

- 增強控制市場之能力 (82) 公結字第104號
- 提高進入市場之障礙 (82) 公結字第105號
- 重大改變市場結構 (83) 公結字第145號
- (83) 公結字第197號

2. 理論分析

處於競爭關係之事業間的水平結合對競爭之限制最大，亦最有可能導致獨占，而且是實務上最經常發生的結合態樣。水平結合對競爭之限制主要可以表現在，⁷⁷ 1. 協調競爭者之競爭行為以及 2. 導致可單獨行動之支配市場力量。因結合而導致競爭者間之協調的方式有以契約為手段者，例如成立合作式的共同事業或相互持股與循環持股（甲持有乙之股權，乙持有丙之股權，而丙又持有甲之股份）。其若以此為資源、資訊共享之媒介，進而減少彼此間競爭之強度，則其所造成反競爭之效果，原則上應禁止之。一般而言，若競爭事業間相互或循環持股的現象很普遍，則容易產生此種弊端，此時公平會對於加強持股之結合行為應採取較嚴格之立場。⁷⁸ 其次，因結合而導致競爭者數目之減少，使得剩餘下來競爭者之距離拉近，市場條件呈現透明，因此容易採取默示的協調行為，此點亦值得公平會多加注意。

因結合而導致可單獨行動之支配市場力量，即為公平法第五條所謂之獨占（第一項）及寡占（第二項）。是否因為結合而導致此種力量，涉及對未來經濟發展之預測，具有相當程度的不確定性。但是一般而言，最能創造此種支配市場力量的結合，可能是具有大多數市場占有率而且消費者偏好其產品之二家事業間之結合。反之，支配事業以外之小型事業間之結合，雖然可能大幅度增加市場集中之程度，但因為此種結合可用來對抗支配事業而被認為可強化競爭、提高效率。⁷⁹ 必須強調的是，在重視財務資金融通之現實環

77 Gellhorn/Kovacic, 前揭書（註69），354。

78 黃亮洲，同業廠商間相互持股之反競爭結果—公平法規範之探討，公平交易季刊，4卷2期，85年4月，第1-13頁（第3及12頁）。

79 Starek/Stockum, What Makes Mergers Anticompetitive? : “Unilateral Effects” Analysis under the 1992 Merger Guidelines, Antitrust Law Journal, Vol. 63, (1995) 801-821 (809-810) .

境下，結合雖然並未增加市場占有率，但卻可因為提高結合事業之財務能力（Finanzkraft），而同樣可能產生支配市場之力量，這也是為什麼德國結合管制實務重視結合事業之財務能力。⁸⁰

（三）垂直結合

1. 公平會之實務

（1）所考慮之整體經濟利益

公平會許可垂直結合時所考慮的整體經濟利益，亦包括參與結合事業之利益及社會利益，但是鮮有提及該事業所屬產業之利益。茲將前二者之具體內涵歸納如下：

a. 參與結合事業之利益，例如：

- | | |
|-----------------|--------------|
| —避免倒閉 | （83）公結字第197號 |
| —增加機器設備應用範圍及使用率 | （83）公結字第197號 |
| —降低生產成本 | （83）公結字第197號 |
| —集中管理、精簡組織 | （84）公結字第212號 |
| —提高管理、經營效率 | （84）公結字第212號 |
| —生產製造工程、產銷一體化 | （85）公結字第087號 |
| | （85）公結字第132號 |

b. 社會利益，例如：

- | | |
|-------------|--------------|
| —避免員工失業、轉業 | （83）公結字第197號 |
| | （84）公結字第016號 |
| —提高對客戶之服務效能 | （85）公結字第048號 |

（2）所考慮的限制競爭之不利益

公平會許可垂直結合時，常考慮的不利益有：

- | | |
|----------------|--------------|
| —重大改變市場結構、趨向集中 | （83）公結字第197號 |
| | （84）公結字第212號 |
| —產生獨占 | （83）公結字第197號 |
| —重大影響市場供需 | （84）公結字第017號 |

80 Emmerich, 前揭書（註6），398.

- 重大影響價格 (84) 公結字第017號
- 妨礙其他事業進出市場 (84) 公結字第274號
- 影響需料業者料源之取得 (85) 公結字第300號

2. 理論分析

垂直結合有二種基本型態：上游廠商向下伸展而與下游廠商結合之向下 (forward) 垂直結合，以及下游廠商向上伸展而與上游廠商結合之向上 (backward) 垂直結合。

(1) 總體經濟利益

經濟學說對於在反托拉斯法上應如何對待垂直結合才算妥當，頗有爭議。芝加哥學派認為，一般而言垂直結合在競爭上是中性的或有利於競爭的，而後芝加哥的產業組織理論卻認為垂直結合在某些情況下亦會導致反競爭之效果。本文則採取「不可一律譴責亦不可一律歡迎垂直結合」之立場。⁸¹ 垂直結合可能帶來的效益用「交易之內部化」(internalization) 來說明最為清楚。⁸² 在垂直結合之前，若產業上、下游產業間缺乏協調，則生產容易與銷售脫節，各項生產投入之使用效率經常無法充分發揮，因而造成成本增加 (甚至是成本的雙重加成 double markup)，產品價格提高。其次，由於上、下游產業之利益對立，而使得彼此即使在合作的契約關係中都避免不了各懷異心的投機主義 (opportunism)，至於搭便車的現象更是見怪不怪 (例如上游產業因為下游產業之促銷活動而受益)。但是在垂直結合之後，上、下游產業內化為一條鞭後，自然可減少交易之成本，並將交易之利潤保留在事業之內。

(2) 限制競爭之不利益

垂直結合限制競爭之不利益主要表現在生產投入之封鎖與顧客之封鎖 (

81 Riordan/Salop, 前揭文 (註3), 519; 黃亮洲、王弓亦認為廠商垂直整合誘因是相當多元的，且不同誘因會有不同的福利效果，見氏著，台灣汽車業垂直整合之實證研究—公平法規範之探討，公平交易季刊，5卷2期 (1997年6月)，第84-106頁 (第91頁)。

82 Gellhorn/Kovacic, 前揭書 (註69), 356; Riordan/Salop, 前揭文 (註3), 523, 527.

input and customer foreclosure)。此外，垂直結合尚可能被用來迴避聯合行為及價格管制。垂直結合之事業可以透過內部補貼之方式，傾其全力在其上游業務或下游業務之任一端，封鎖其競爭對手。詳言之，垂直結合之事業 A 若要封鎖其下游業務之競爭對手 B，則最簡單的方式是命其上游部門提高其售與 B 原料之價格，或拒絕與之交易，此種封鎖稱之為生產投入之封鎖；反之，A 若要封鎖其上游業務之競爭對手 C，則可命其下游部門拒絕向 C 購買原料，一般將之稱為顧客之封鎖。這其實是獨占事業濫用市場地位中常討論的「價格擠壓」行為。⁸³此種封鎖行為之反競爭效果顯而易見，例如生產投入之封鎖肇致產品價格上揚，消費者勢必減少購買，因而增加其無謂損失（deadweight loss）；其次，B 因為成本較高而被迫使用效率較差的生產投入，反而促使較有效率之 A 的上游部門之市場占有率減少。⁸⁴但是對於垂直結合事業而言，要採取封鎖行為亦不是一件容易的事。因為縱使該事業資本雄厚，它亦不能長期免於市場力量之壓力，不論其他事業是否提供質優價廉之產品，而只與其內部之部門交易。

垂直結合事業的上、下游事業可以用來作為交換事關競爭之資訊，而迴避聯合行為之管制。舉例言之，事業 A 與競爭對手 B 處於水平競爭關係，不得從事聯合行為。此時 A 可命其下游事業 C 向 B 採購，B 即可名正言順向 C 提供各種敏感之資料（例如價格、交貨條件），C 再轉交給 A，因而促使 AB 之間達成協調之行為。垂直結合事業規避價格管制之運作機制大抵亦如是（即在上、下游事業之間槓桿），茲不贅述。

（四）多角化結合

1. 公平會之實務

公平會實務上常見的多角化結合為產品延伸之多角化結合（product line extensions，例如（81）公結字第018號，（83）公結字第047號）及所謂純粹的（pure）多角化結合二種。因為我國幅員狹小，所以少見地理市場延伸

83 見劉孔中，析論獨占事業濫用市場地位之禁止，《人文及社會科學集刊》，8卷1期（1996年3月），第227-263頁（第246頁）。

84 Riordan/Salop，前揭文（註3），529。

(geographic market extensions) 式的多角化結合。

(1) 所考慮之整體經濟利益

公平會許可多角化結合時所考慮的整體經濟利益，以參與結合事業利益為主，該事業所屬產業之利益及社會利益次之。茲將其具體內涵歸納如下：

a. 參與結合事業之利益，例如：

- 確保事業之利益 (82) 公結字第061號
- 發展新的營業領域 (83) 公結字第024號
- 分散經營風險 (83) 公結字第024號
- 改善事業之體質 (83) 公結字第073號
- 簡化領導管理系統、精簡人事 (83) 公結字第250號
- 節省財務作業成本 (83) 公結字第250號
- 有助於董事會運作之正常化 (84) 公結字第219號
- 提昇經營效率 (84) 公結字第219號
- 強化財務結構 (84) 公結字第219號
- 有利於以統包方式承攬工程 (84) 公結字第421號
- (84) 公結字第423號

b. 參與結合事業所屬產業之利益，例如：

- 提昇航空運輸服務之品質 (84) 公結字第219號

c. 社會利益，例如：

- 確保公司投資人、債權人之利益 (82) 公結字第061號

(2) 所考慮的限制競爭之不利益

公平會許可多角化結合時，常考慮的不利益有：

- 造成市場結構趨向集中 (82) 公結字第061號
- 增強其他事業進入特定市場之困難度 (83) 公結字第024號
- 改變市場結構 (83) 公結字第073號
- 產生獨占 (83) 公結字第073號
- 對上下游及未參與結合事業之影響 (84) 公結字第219號

2. 理論分析

對於欲開展新事業之投資人而言，除了自行設立新公司外，與既有之公

司結合之多角化結合亦不失為便利之途徑，由此可增加整體產業之流動性與開放性。

反之，多角化結合首先引發的恐懼是參與結合事業可能因此成為財力雄厚的事業集團，或其原本雄厚之財力獲得更進一步的強化。人們懼怕事業集團挾其令人無法抵抗之財力，而不是卓越之競爭力消滅競爭及競爭對手——特別是財力薄弱之中小企業——，並且其無所不在之經濟力量終究會跨向政治而與之勾結；在此種龐大的政商複合體之下，民主政治的基石必會受到嚴重侵蝕。⁸⁵但是，並非每一個多角化結合都可能造成或強化此種經濟力量；即便此種經濟力量確實因為多角化結合而產生或強化，它也不是那麼可以隨意動用來消滅競爭及競爭對手，因為事業集團內部即會競相爭取稀有之財務資源，以致於該集團不一定會將其資源使用在其核心業務以外之事項。其次，此種經濟力量若未經行使，則不可能對其競爭對手形成長期之威脅。⁸⁶又多角化結合過度盛行的結果，也有可能不利於產業之專業分工及專精化發展，而且員工可能因為公司隨時會被大財團併購而無法專心工作，因而減少其競爭強度。

柒、違反結合管制之法律效果

一、行政責任

（一）負優先回復原狀之責

公平法第十三條第一項規定，「事業結合，應申請許可而未申請，或經申請未獲許而為結合者，中央主管機關得禁止其結合、限期命其分設事業、處分全部或部分股份、轉讓部分營業、免除擔任職務或為其他必要之處分。」準此，公平會在事業完成結合前，得禁止其完成之。對於已完成之結合，公平會除了禁止之外，必須進一步採取其他必要措施，方能有效去除因為結合而對競爭造成之限制。德國限制競爭防止法第二十四條將此種必要措施統

85 Gellhorn/Kovacic, 前揭書(註69), 359.

86 Rieger in Frankfurter Kommentar (Lfg. 31 Juli 1993), § 24 Rdnr. 60, 61.

稱為「解消」(Auflösung)，同條第六項並將其大分為二類：回復原狀(Wiederherstellung des früheren Zustands)以及其他方式。在此二種方式之間，究竟應以回復原狀為優先考慮或為最後手段，學說間頗有爭議。多數說認為應以之為最後手段，⁸⁷少數說則主張應優先考慮回復原狀。⁸⁸審諸我國公平法第十三條第一項之立法理由為：「……中央主管機關得為必要之處分：(一)正進行結合者，禁止其結合。(二)已與他事業合併者，限期命其分設為二以上事業。(三)持有或取得他事業股份者，限期命其處分全部或部分股份。(四)受讓他事業之營業或財產者，限期命其轉讓部分營業。(五)直接或間接控制他事業人事任免者，免除其擔任之職務。(六)其他必要之處分。」由此可見，立法者認為應優先回復原狀，⁸⁹在不能回復原狀或回復原狀顯有困難時，方能採取其他必要之處分。但比較有疑問的是對於採「合併」之結合而言，參與結合事業中之「消滅公司」已因結合而消滅(例如清算後解散或併入存續公司)，則此時公平會命結合後事業限期分設為二以上事業，既不能使消滅公司「死而復生」(其人事早已全非)，而且即使分設為二以上事業，若其彼此間仍然有控制從屬之關係，則仍然不能有效去除其對競爭造成之限制。故解消合併之方法，未來應考慮改為限期命其處分或轉讓「消滅公司」之股份或資產。

另外，可附帶一提的是，公平法第十三條第一項之措施僅公平會始得採行，法院(無論行政或一般法院)則無權為之。其原因為此等措施，涉及錯綜複雜之經濟情勢，唯主管行政機關具有必要之事業知識。在此種限制下因為事業結合而受損害之事業只能向公平會請求，才能獲得公平法第十三條第一項規定之救濟。

(二) 繳納罰鍰之責

依據公平法第四十條之規定，事業結合應申請許可而未申請，或經申請未獲許可而為結合者，除依第十三條規定處分外，處新台幣十萬元以上一百

87 Quack in Frankfurter Kommentar, § 24 Rdnr. 219.

88 Mestmäcker in Immenga/Mestmäcker, § 24 Rdnr. 264.

89 黃茂榮亦採相同見解，見氏著前揭書(註27)，第175頁。

萬元以下之罰鍰。此條規定公平會使用過八次，已如前述。值得探討的是，公平會可否再援引公平法第四十一條之規定，對於違法之結合「限期命其停止或改正其行為；逾期仍不停止或改正其行為者，得繼續限期命其停止或改正其行為，並按次連續處新台幣一百萬元以下罰鍰，至其停止或改正為止。」？學說中有持肯定見解，⁹⁰但是觀諸公平會實務，公平會在前述八次處分案，均只引用第四十條，而未援引第四十一條之規定，限期命其改正其行為，即補提申請。不過，系爭結合事業在被處分之後多已補提申請，公平會亦受理此種結合完成後始提出之申請。本文認為公平會對應申請許可而未申請之事業除依公平法第四十條處罰外，確實有必要再依該法第四十一條限期命其補提申請。否則結合事業僅須繳納第四十條之罰鍰，即可保有其結合之成果，罰鍰反而流為「買路費」的性質。此外，公平會依公平法第十三條第一項對違法之結合採取必要處分時，若事業違反此項處分，則公平會依公平法第十三條第二項規定僅得命令解散、停止營業或勒令歇業，過於嚴苛，行政手段之間明顯缺乏漸進與緩衝的步驟，在此處公平法第四十一條即有介入的充分理由。

二、民事效果

違法結合所使用之民事法律工具，例如合併契約、股份及出資之買賣契約、受讓、承租契約等，在法律上是否因違反強制禁止規定而無效，抑或行政管制規定並不影響民事關係之效力？本文採取後說，因為民事契約有效論對於交易安全之維護至為重要；至於行政管制之落實，則應以貫徹相關之行政罰則規定為手段，而不是要求民事關係「陪葬」。

捌、結論

我國採行結合管制之經驗尚淺，相關之學術論述亦不多見，故如何使得我國結合管制法制順應產業組織經濟學主流之發展、配合我國產業競爭之現

90 黃茂榮，前揭書（註27），第176頁。

況與遠景，並與先進國家之相關制度整合，應是我人戮力以赴的共同目標。本文經由實證檢驗公平會實務、檢討公平法之相關規定及學理之探討，得出下列主要結論：

1. 公平會認為共同投資設立新事業之行為並非結合，不符法理，遭國內通說反對。
2. 三家事業同時或先後取得他事業（稱為共同事業）有表決權股份或資本總額各三分之一時，此三家事業之間的關係亦為結合。公平法第六條第一項第二款之定義有必要擴大。
3. 既有結合事業間控制增加之程度未達於重大者，並非結合。
4. 不介入他事業經營、競爭行為之持有股份或出資額，並非結合。
5. 未來修法時應將參與結合之事業的支配或從屬事業納入結合管制之中，例如將參與結合之事業的支配事業亦視為參與前者結合，將參與結合之事業的從屬事業視為另外成立結合關係。
6. 公平法第十一條第一項第一款及第二款規定，以固定市場占有率為結合管制之門檻，不僅實用性不大，而且容易造成諸多弊端，應考慮刪除。
7. 公平法第十一條第一項第三款以銷售金額衡量所有事業之市場力量，並不適合金融及保險機構；而且公平會所公布之銷售金額一律為新台幣二十億元，亦未能顧及產業之差異性。
8. 結合管制有必要採結合前申請許可之原則，但是若不可期待事前申請者（例如為避免事業遭受重大損失或董監事選舉之結果事先難以掌握），應可准其於結合後始申請許可。
9. 公平會於准駁結合之申請時，就其決定之理由負舉證及說明之責；此外，公平會許可申請時，可附加附款。為避免不當干涉結合事業之營業自由，公平會對於結合之申請，僅得「全部許可或全部禁止」，不可部分許可，部分禁止。
10. 整體經濟利益之分析不僅是多面向，而且更是動態的。至於限制競爭之不利益，必須考慮對現有競爭及潛在競爭之限制，其中更必須斟酌來自國外的競爭；其次，「帶有敵意的結合」很可能會迫使經

理人員採取「短視的管理行為」，而帶來其他不利於競爭之結果。

11. 違法之結合在行政上須負擔優先回復原狀（但採「合併」之結合並不適合「回復原狀」，將來修法時應考慮改採限期處分或轉讓所取得「消滅公司」資產之方式）以及繳納罰鍰之責任；若係應申請而未申請之結合，公平會應再依據公平法第四十一條命其補提申請。違法結合所使用之民事法律工具，仍屬有效。

The Theories and Practices of Merger Control

Liu, Kung-Chung

ABSTRACT

The Fair Trade Law (FTL) takes a beforehand merger control to regulate mergers of certain scales. The legal criteria for approval is succinct : the overall economy benefit of merger must outweigh its competition-restraining disadvantages. The practices of the Fair Trade Commission (FTC) is loose, since until Sep. 1997 she has never prohibited any merger application. This paper reviews merger control in its regulation and reality and aims to provide suggestions for its reform. Its main conclusions are as follows : 1. FTC errors in saying that setting up a new undertaking by existing ones is not merger. 2. The concept of merger is to be enlarged at one hand, in order to include the so-called "Gemeinschaftunternehmen", and to be narrowed at the other, so that insignificant increase of control and acquisition of stocks solely for investment will be excluded. 3. A fixed market share is not a useful threshold of merger control. Likewise the annual sales can not measure the market power of certain undertakings, e.g. banks and insurance companies. 4. The FTC bears the burden of proof and explanation in accepting or rejecting merger application. Although she can grant approval under conditions, but a partial approval or disapproval is not allowed.

